WLADIMIROFF
ADVOCATEN

Samenvatting onderzoek

Samenvatting onderzoek

1. Aanleiding onderzoek

De Raad van Commissarissen van ProRail B.V. (hierna: ProRail) heeft verzocht een onderzoek uit te voeren, teneinde de aard en onderbouwing van de financiële stromen te achterhalen, voorafgaand aan en naar aanleiding van een vaststellingsovereenkomst die op 20 juli 2009 werd gesloten (hierna: vaststellingsovereenkomst) tussen ProRail en twee aannemers (hierna gezamenlijk: de bouwcombinatie) in het kader van een project. Beide ondernemingen maakten destijds deel uit van hetzelfde concern. Tevens is verzocht conclusies te formuleren op basis van de bevindingen uit het onderzoek.

Een overzicht van de feitelijke bevindingen is afzonderlijk vastgelegd in het herziene rapport 'Feitenonderzoek […]' d.d. 3 november 2015. Op basis van het herziene rapport 'Feitenonderzoek […]' zijn eveneens met dagtekening 3 november 2015 herziene (geprivilegieerde) conclusies opgesteld.

Het onderhavige document behelst de samenvatting van voorgenoemde documenten. De samenvatting is evenwel geen vervanging van voorgenoemde documenten. Ten behoeve van eventuele besluitvorming verwijzen wij u naar het gehele rapport en de afzonderlijke gerapporteerde conclusies. Openbaarmaking van de genoemde documenten stuit vanwege privacy aspecten op bezwaren. De Raad van Commissarissen van ProRail heeft Wladmiroff Advocaten N.V. derhalve verzocht om een geanonimiseerde samenvatting van beide documenten.

De onderhavige samenvatting beschrijft de beperkingen van het onderzoek (paragraaf 2), het verloop van het project (paragraaf 3), de voorschotbetalingen (paragraaf 4), de waardering van de claims/onderbouwing bedrag voorschotbetalingen (paragraaf 5) en een slotbeschouwing (paragraaf 6).

2. Beperkingen onderzoek

Tijdens het onderzoek is gebleken dat de betreffende projectadministratie hiaten bevat. De projectadministratie is versnipperd over verschillende computerprogramma's, waarvan sommige onderdelen niet langer toegankelijk zijn. Een volledige reconstructie van de ontbrekende delen via de mailserver is niet mogelijk gebleken vanwege brand in één van die servers. De hiaten zijn echter niet allen terug te leiden tot de toegankelijkheid van systemen en een brand. Overige vastlegging – in welke vorm dan ook – van besluitvorming omtrent onder meer het contracteren met de bouwcombinatie en de financiële stromen voorafgaand aan de vaststellingsovereenkomst in het kader van het project bleek niet of in zeer beperkte mate aanwezig.

3. Verloop van het project

Na een aanbestedingstraject werd het project in 2004 gegund aan de bouwcombinatie voor een bedrag van € 53,8 miljoen. Uiteindelijk heeft het project € 82,1 miljoen gekost, ofwel 54 procent meer dan de prijs waarvoor het project aan de bouwcombinatie was gegund. De uiteindelijke kostprijs van het project komt aardig overeen met de door ProRail gemaakte raming van de kosten voorafgaand aan het aanbestedingstraject.

De vaststellingsovereenkomst vormt een onderdeel van de uiteindelijke kostprijs van € 82,1 miljoen. In de vaststellingsovereenkomst is onder meer overeengekomen dat ProRail – ter beslechting van diverse claims – een bedrag van € 9 miljoen zou betalen aan de bouwcombinatie.

Vooruitlopend op de uitkomst van de onderhandelingen over de waardering van de claims – die onderwerp waren van de vaststellingsovereenkomst – is op 25 juni 2008 een voorschot van € 7,5 miljoen 'sans prejudice' betaald op de bankrekening van één van de aannemers. Op 30 december 2008 is een tweede voorschot overgemaakt van € 1 miljoen, op de bankrekening van diezelfde aannemer. Beide voorschotbetalingen werden niet overgemaakt naar de bankrekening van de bouwcombinatie. Uit documentatie blijkt dat zulks een bewuste keuze was. De documentatie geeft geen blijk van de beweegredenen hieromtrent.

4. Voorschotbetalingen

Medio 2008 zocht een medewerker van de bouwcombinatie/het concern contact met een lid van de Raad van Bestuur van ProRail, niet zijnde de portefeuillehouder projecten. De betreffende medewerker gaf destijds aan dat de aannemer een belang had bij een voorschotbetaling in verband met een aanstaande kredietrating.

Het signaal van de medewerker van aannemer sloot aan bij andere geluiden die het betreffende bestuurslid ter ore waren gekomen, namelijk dat aannemers van mening waren dat ProRail niet altijd redelijk en billijk met hen omging. Het bestuurslid besloot in te gaan op het verzoek van de medewerker van de bouwcombinatie/het concern om spoedig een betaling te realiseren. Het bestuurslid in kwestie heeft vervolgens een van de directeuren van ProRail verzocht zulks te effectueren.

In het kader van de effectuering van de voorschotbetaling, werd door het betreffende directielid geconstateerd dat het niet mogelijk was een voorschotbetaling voor/op 30 juni 2008 te koppelen aan de claims inzake het project.

Het betreffende directielid stelde in een e-mail aan een medewerker, een ander directielid en twee leden van de Raad van Bestuur, dat het voor de aannemer van groot belang was dat haar balans er op 30 juni 2008 opgeschoond/gunstig uitzag. Tevens schreef hij dat het op dat moment schier onmogelijk was om het te betalen bedrag te koppelen aan de

arbeidsintensieve afwikkeling van de claims uit fase 1 van het project. Hij schreef: *"die koppeling moet je dus ook niet leggen"*. Het betreffende directielid zag de oplossing in een voorschotbetaling, *"aangezien een voorschotbetaling niet gestoeld hoeft te zijn op een factuur"*. Hij vervolgde: *"mijn dringende verzoek is derhalve een betalingsopdracht voor dit voorschot te laten maken en via de gebruikelijke wegen te laten accorderen. Haast is geboden, want op 30 juni a.s. moet dit bedrag op hun rekening staan."*

Het betrokken directielid kenschetste de voorschotbetaling in diezelfde e-mail als een coulancegebaar van ProRail en gaf aan dat de betreffende voorschotbetaling moest worden verricht onder de voorwaarde dat de aannemer daaraan geen enkele *"propositie op haar rechtspositie kan ontlenen"*. Het betrokken bestuurslid mailde diezelfde dag: *"OK, dank, lijkt mij een prima oplossing, gebaseerd op het feit dat jullie inschatting is dat wij hen dit bedrag altijd nog verschuldigd zijn, los van de precieze samenstelling/grondslag. [naam directielid]'s toevoeging 'sans prejudice' lijkt mij verstandig."*

Gebleken is dat het betalen van voorschotten - voorafgaand aan het sluiten van een vaststellingsovereenkomst – zonder afdoende juridische inkleding heeft plaatsgevonden. Daarnaast hebben de voorschotbetalingen plaatsgevonden in strijd met de voorwaarden, zoals overeengekomen tussen ProRail en de bouwcombinatie in de basisovereenkomst uit 2004.

Uit de gesprekken met ProRail medewerkers is verder gebleken dat het besluit tot uitbetaling van het eerste voorschot – in het kader van het project – niet breed werd gedragen onder de betrokkenen bij het project. Sprekend in dit kader is de uitspraak van één van de betrokken projectmanagers die het besluit omschrijft als een *"oekaze"* van hoger in de organisatie. De betreffende projectmanager heeft onder meer aangegeven het besluit niet logisch te achten, nu ProRail door een voorschotbetaling haar onderhandelingspositie ten aanzien van de nog niet afgewikkelde claims prijsgaf.

Op directieniveau is aangegeven dat de term voorschotbetaling ongelukkig gekozen is. De geïnterviewde directieleden gaven aan dat betaald is voor uitgevoerd werk.

Op bestuursniveau is het betrokken bestuurslid ervan uitgegaan dat het voorschot zag op reeds geleverde prestaties. Het bestuurslid verkeerde in de veronderstelling dat het bedrag van de voorschotbetaling – ongeacht de uitkomst van de onderhandelingen – verschuldigd was aan de bouwcombinatie.

Evenwel is uit het onderzoek gebleken dat noch op directieniveau, noch op niveau van de Raad van Bestuur van ProRail, een inhoudelijke beoordeling heeft plaatsgevonden van de waardering van de claims en de gesteld verrichte werkzaamheden die ten grondslag lagen aan de voorschotbetalingen.

5. Waardering claims/onderbouwing bedrag voorschotbetaling(en)

Het is niet mogelijk gebleken een sluitende reconstructie te maken van de hoogte en waardering van de claims. Uit e-mails van 17 en 24 juni 2008 blijkt dat het totaalbedrag van de claims uit de eerste fase van het project door de afdeling Aanbestedingszaken, Kostenmanagement en Inkoop van ProRail (hierna: AKI) werd geraamd op € 5.406.124,-. Tijdens het onderzoek is niet inzichtelijk geworden, hoe deze raming zich verhoudt tot de voorschotbetaling van € 7,5 miljoen d.d. 25 juni 2008.

Uit e-mails van december 2008 blijkt dat de bouwcombinatie met betrekking tot haar claims uit fase 1, een bedrag van € 13,45 miljoen zou hebben gevorderd. Uit de betreffende e-mails blijkt daarnaast van het bestaan van een kostenopstelling met dagtekening 22 april 2008. Uit de meergenoemde e-mails volgt dat de kostenopstelling d.d. 22 april 2008 uitging van een bedrag van € 8 miljoen, waarvan € 5,9 miljoen betrekking had op de claims ter zake van de ribbelkop- en casing-palen.

In december 2008 werd overeenstemming bereikt over een finale waardering van de claims, te weten € 9 miljoen. De nadere invulling en waardering van de specifieke claims was onderwerp van onderhandelingen in de daarop volgende maanden. Deze onderhandelingen hebben geleid tot de vaststellingsovereenkomst van 20 juli 2009.

Het schikkingsbedrag van € 9 miljoen was reden voor het uitbetalen van een tweede voorschot van € 1 miljoen. Ondanks het feit dat dit voorschotbedrag gekoppeld kan worden aan de claims van de bouwcombinatie, werd ook dit voorschot uitbetaald op de bankrekening van de aannemer.

De kostenopstelling d.d. 22 april 2008 is niet in de (project)administratie teruggevonden. Het is niet duidelijk of met 'het aanbod van ProRail om € 8 miljoen te betalen' op deze kostenopstelling werd gedoeld. Daarentegen is wel een kostenopstelling van 4 juli 2007 aangetroffen van een ProRail medewerker. Uit deze kostenopstelling volgt dat de bouwcombinatie destijds ter zake van de ribbelkop- en casing-palen (afgerond) € 4,9 miljoen claimde. De betreffende ProRail medewerker achtte de claims echter slechts valide voor een bedrag van € 1,4 miljoen, waarvan ProRail de helft voor haar rekening zou moeten nemen.

Uit e-mails van eind juni 2008 blijkt dat de claims van de bouwcombinatie ter zake van de ribbelkop- en casing-palen nog altijd (afgerond) € 4,9 miljoen bedroegen. Eind juni 2008 werden tevens een aantal overige claims opgevoerd, zodat het totaalbedrag van de claims uit fase 1 (afgerond) € 5,4 miljoen bedroeg.

In de e-mails van december 2008 staat met betrekking tot de ribbelkop- en casing-palen vermeld: *"geen scope verandering dus oude inzicht"*. Waarom de 'oude inzichten' in december 2008 leidden tot een bedrag van € 5,9 miljoen – terwijl de claim in juli 2007 en juni 2008 door de bouwcombinatie zelf was gesteld op € 4,9 miljoen – is tijdens het onderzoek niet gebleken.

Het vorenstaande dient ter illustratie. Voor een nadere uiteenzetting van de vele bedragen die zijn genoemd in dit kader, zij verwezen naar het feitenrapport.

Het bestuurslid dat destijds voorzitter van de Raad van Bestuur van ProRail was, gaf aan dat het in die tijd vaak voorkwam dat een aannemer probeerde zoveel mogelijk te claimen. Volgens hem was de ‘Pavlov reactie’ vanuit ProRail om de claim *"op zijn kop te houden en helemaal uit te schudden"*. De aanvankelijke afwijzing van claims door AKI – alsmede de verschillende waarderingen van de claims – kunnen hierdoor mogelijk worden verklaard.

Wel staat vast dat de behandeling van de claims op enig moment is geëscaleerd naar directieniveau. Uit e-mails kan worden afgeleid dat in oktober 2007 door een medewerker van de bouwcombinatie/het concern is verzocht om overleg op directieniveau. Het verzoek zag op een gesprek met het directielid, niet zijnde het directielid dat de voorschotbetaling heeft geëffectueerd. Het directielid dat om een gesprek werd verzocht heeft aangegeven betrokken te zijn geraakt bij het project, nadat de bouwcombinatie te kennen had gegeven in financiële moeilijkheden te verkeren (mede) als gevolg van de lage inschrijving op datzelfde project.

6. Slotbeschouwingen

Het ontbreken van een toegankelijke en volledige projectadministratie van het project vormt een schending van zowel de wettelijk administratieverplichting(en), als de wettelijke bewaarverplichting(en) van administraties. Aangezien uit de (project)-administraties de verantwoording van uitgaven van publieke middelen moet blijken, verdient de toegankelijkheid – als ook de mate van verantwoording van bestede middelen – meer aandacht dan in het kader van het project is gebleken.

Daarnaast is uit het onderzoek gebleken dat het door ProRail gehanteerde systeem van functiescheiding en de bijbehorende ‘checks & balances’ het te vaak hebben moeten afleggen tegen het vertrouwen in de deskundigheid en het integer handelen van collega’s. Tijdens de interviews is veelvuldig aangegeven dat een eigen toetsing van feiten achterwege is gebleven, omdat werd vertrouwd op de collega die om besluitvorming verzocht. Zulks geldt voor alle niveaus in de organisatie.

Meer specifiek met betrekking tot de voorschotbetalingen in het kader van het project moet worden geconstateerd, dat onvoldoende aandacht is besteed aan een juiste juridische inkleding van de betalingen. Feitelijk zijn de voorschotbetalingen verricht zonder enige (juridische) titel zoals een prestatieverklaring of een vaststellingsovereenkomst. Een gang van zaken die bovendien in strijd is met de voorwaarden, zoals die voortvloeien uit de basisovereenkomst tussen ProRail en de bouwcombinatie uit 2004.

Daarnaast is het op zichzelf beschouwd opmerkelijk dat ProRail bereid was mee te werken aan het 'optimaliseren' van de balanspositie van een derde in verband met een kredietrating. Zulks te meer nu in het onderhavige geval – door het ontbreken van een (juridische) titel – een onnodig financieel risico werd gelopen.

Indien en voor zover de voorschotbetaling tot een verbetering van de kredietrating van de aannemer heeft geleid, zijn publieke middelen ingezet voor een oneigenlijk doel. Daarnaast kan niet worden uitgesloten dat de voorschotbetalingen – gezien het doel – onder omstandigheden hebben geleid tot verstoring van een goede marktwerking.

Los van het voorgaande, lijkt in ieder geval de eerste voorschotbetaling het beoogde doel – de solvabiliteit van de aannemer – voorbij te schieten. Nu het voorschot in juridische zin was 'ontkoppeld' van de claims, kan de voorschotbetaling in de boeken van de aannemer niet hebben geleid tot een verbetering van de solvabiliteit.

Wladimiroff Advocaten N.V.
Mr. L.H.E. Møller